

GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO PENAL

Relatório do 2º Encontro | 14 de maio de 2020



Curitiba

2020

APRESENTAÇÃO

O Grupo de Pesquisa em Direito Penal, coordenado pelo Procurador de Justiça Paulo César Busato em parceria com a Equipe deste Centro de Apoio Operacional, volta-se à realização de estudos e discussões, qualificadas e aprofundadas, de temas afetos à área penal, vinculados à praxe forense, que permitam uma reflexão sobre a atuação ministerial nesta seara.

Seu segundo encontro, ocorrido em 14 de maio de 2020, por meio de videoconferência, teve como pauta os temas ***i) Estelionato, ação penal e reflexos do “Pacote anticrime”*** e ***ii) Funcionário-fantasma e a questão da tipificação.***

O texto que segue foi elaborado com o auxílio dos pesquisadores *Donizete de Arruda Gordiano* e *Kenny Robert Lui Bettio*, com o propósito de apresentar um breve relato de algumas conclusões que foram atingidas, destacando-se, essencialmente, os principais pontos levantados ao longo das discussões.

GRUPO DE PESQUISA EM DIREITO PENAL

Relatório do 2º Encontro | 14 de maio de 2020

Por ocasião do 2º Encontro do Grupo de Pesquisa em Direito Penal, se discutiram, em síntese, os seguintes tópicos que merecem registro:

I. Estelionato, ação penal e reflexos do “Pacote Anticrime”

Em virtude da mudança promovida pela Lei n. 13.964/2019, da natureza da ação penal de certos delitos de estelionato – tornando-a pública condicionada à representação -, as discussões foram iniciadas sobretudo quanto ao tratamento a ser dado em relação aos feitos em andamento, com foco na eventual retroatividade da norma.

Após as discussões, o Grupo de Pesquisa chegou a conclusões:

a) que a questão envolve tema afeto essencialmente à teoria da norma, sendo necessária uma análise sobre o conteúdo da nova legislação, a fim de verificar a eventual possibilidade e necessidade de aplicação retroativa;

b) neste sentido, firmou-se que se trata de uma norma mista, de natureza processual com conteúdo material, já que a inserção de uma nova condição de procedibilidade implica na possibilidade da ocorrência de decadência e, por consequência, de uma nova causa de extinção da punibilidade do fato. O que se atinge, portanto, é o que costuma ser intitulado como “*substantial rights*”, ensejando a necessidade de retroatividade em benefício de investigados e acusados;

c) destacou-se não ser possível qualquer aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/95 aos casos em questão, eis que **i)** trata-se de disposição transitória específica, não encontrando-se mais em vigor e **ii)** os temas são absolutamente diversos, tratando o art. 91 de questão de modificação de competência no âmbito do JECRIM, enquanto, no caso do estelionato, existe previsão geral no Código de Processo Penal sobre o tema; logo, não haveria lacuna a ser suprida;¹

1 Não se olvidou, aqui, da existência de um Enunciado institucional (n. 4) firmado por [Comissão Especial do GNCCRIM](#). Dada sua natureza, porém, ressaltou-se tratar-se de entendimento que não possui natureza vinculante.

d) referiu-se, ainda que o limite para a retroatividade da norma em questão seria o trânsito em julgado da sentença condenatória, em respeito à coisa julgada;

e) destacou-se, outrossim, a importância de não se olvidar que a representação figura como expressão da manifestação da vontade persecutória pela vítima, prescindindo de qualquer tipo de formalidade, nos termos da orientação doutrinária e jurisprudencial que sempre foi pacífica;

f) logo, havendo nos autos qualquer ato pretérito da vítima representativo do seu interesse persecutória (v.g. boletim de ocorrência, depoimento, notícia-crime etc.), haveria de se considerar, como regra, suprida a condição de procedibilidade, possibilitando o regular prosseguimento do feito sem a necessidade de renovação do ato;

g) seria necessário, porém, guardar coerência no posicionamento ministerial, tornando sem sentido pretender encetar diligências para renovação do ato se, de forma concomitante, interpretasse que qualquer manifestação da vítima por si só já supriria essa representação;

h) de toda forma, por cautela, enquanto perdurasse o momento de incerteza jurisprudencial sobre o tema, nada impediria, estrategicamente, na oitiva de vítimas formular questionamentos de forma retrospectiva, indagando-a se, no momento em que exerceu o ato considerado representação, expressava seu interesse na persecução penal do fato.

II. Funcionário-fantasma e a questão da tipificação

O segundo ponto de discussão teve como mote a dificuldade na tipificação das diversas modalidades da conduta que costumam ser associados aos chamados casos de “funcionários-fantasma”.

Após as discussões, ao tempo em que a Equipe do CAOP ressaltou que estaria promovendo a atualização de estudo a respeito do tema², o Grupo de Pesquisa chegou às seguintes conclusões:

2 Neste sentido, a versão foi atualizada em 22 de junho de 2020 e encontra-se disponível em http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_-_Funcionarios_Fantasmas_versao_2020_v5.pdf.

- a) A *posse lícita* anterior do bem móvel é a característica marcante que distingue as figuras do *peculato-desvio* e *peculato-apropriação* (artigo 312, caput, CP) da figura do *peculato-furto* (artigo 312, §1º, do CP);
- b) A *posse* que é passível de tipificar os crimes de *peculato-desvio* e *peculato-apropriação* pode ser compreendida *no sentido coloquial*, admitindo-se o mero poder de disposição (disponibilidade jurídica) sobre o bem móvel, sem que exista detenção física deste bem;
- c) Os casos de *funcionários fantasmas* propriamente ditos são aqueles em que a prova indica que o servidor nomeado *não exerce nenhum tipo de serviço afeto ao cargo público*, caracterizando o *peculato-desvio*. São casos que terão por objeto material do delito (*bem móvel*) a *remuneração desviada* pelo servidor nomeante;
- d) A jurisprudência do STF entende ser *penalmente atípica a conduta do servidor nomeante quando a prova indica que o servidor nomeado prestava eventualmente atividades próprias do cargo público*, havendo desvio eventual para a prestação de serviços particulares, ou de outras atividades; nestes casos, o Supremo entende que o objeto material do delito (*bem móvel*) seria o *serviço público* e não a *remuneração*;
- e) Diante destas peculiaridades, além dos inevitáveis reflexos no âmbito da investigação destes fatos, figura como essencial que as denúncias deles decorrentes tenham especial atenção para a descrição, clara e objetiva: *i) do elemento normativo do tipo referente à posse lícita antecedente do bem móvel*; e *ii) do bem móvel objeto da infração penal finalmente imputada*;
- f) Há casos que se assemelham aos de funcionários fantasmas nos quais, em tese, é possível que haja a tipificação da conduta como *peculato-apropriação*. No entanto, geralmente, são casos em que o próprio *modus operandi* evidencia que o objeto material (*bem móvel*) do crime era a *remuneração do servidor* e não o *serviço*, o que, em certa medida, tornará irrelevante – para fins de tipificação da conduta do servidor nomeante e da consumação do delito – se o servidor nomeado prestava ou não os serviços atinentes ao cargo para o qual fora nomeado.

g) Por outro lado, nestes casos, a conduta do servidor nomeado (v.g., prestar ou não os serviços inerentes ao seu cargo) poderá ser relevante, penalmente, para efeitos de avaliação de eventual concurso de pessoas, em coautoria ou participação, com o servidor nomeante, além de eventuais reflexos em sede de improbidade administrativa;

h) Além disso, há casos em que o servidor nomeante *exige* a entrega de parte da remuneração da pessoa, condicionando o aceite a eventual nomeação para o cargo. São casos em que o servidor que exige a contrapartida incorrerá na prática de *concussão* (CP, art. 316), delito que independe de anuência da pessoa à proposta, ou da entrega de parte da remuneração ao servidor nomeante, dada sua natureza formal, consumando-se no momento em que ocorre a exigência da vantagem indevida;

i) Por fim, quanto ao grupo de julgados que tem considerado *atípica* a hipótese de percepção de remuneração pelo funcionário nomeado sem que exista a respectiva prestação de serviço, se está diante de condutas que persistem sendo consideradas *típicas* conforme os precedentes do STF, já que:

i.1) o agente nomeante tem a *posse prévia lícita dos recursos desviados*, uma vez lida esta posse em sentido coloquial, como *poder jurídico de disposição sobre tais recursos*;

i.2) o “desvio” ocorre, justamente, porque a destinação adequada de tais recursos seria a remuneração de servidores que efetivamente prestassem serviços à sociedade como forma de contraprestação; e

i.3) desde um ponto de vista da tipicidade subjetiva, em alguns casos será possível demonstrar, no momento da ação, o dolo dos imputados, consistente na consciência e vontade de “desviar” recursos públicos.